

COMENTÁRIOS SOBRE AS INTERPRETAÇÕES DE ALEXY E DWORKIN

Flávio Quinaud Pedron

RESUMO

Pretende reconstruir os pontos fundamentais da teoria dos direitos de Robert Alexy, presentes no ensaio *Sistema Jurídico, Principios Jurídicos y Razón Práctica*, no qual o autor apresenta suas objeções à tese dworkiana da existência de uma única resposta correta para um caso controverso.

Traça considerações a respeito do percurso argumentativo, com ênfase na teoria dos princípios e na teoria da argumentação jurídica, e faz uma síntese da proposta dworkiana, divergente da proposta da teoria dos princípios, mostrando as críticas a esta última leitura, originadas, de um lado, da teoria dworkiana e, de outro, da Teoria do Discurso de Habermas e Günther.

Conclui que, após a leitura de Alexy e Dworkin, não se pode vislumbrar uma concordância, mas sim uma contraposição.

PALAVRAS-CHAVE

Sociologia do Direito; teoria; argumentação; Robert Alexy; Dworkin; Günther; discurso; sistema jurídico; princípio jurídico.

O ensaio *Sistema Jurídico, Principios Jurídicos y Razón Práctica*, de autoria de Robert Alexy, célebre jurista de Kiel, é bastante elucidativo para se compreender uma leitura por ele feita da tese dworkiana da única resposta correta¹ para os chamados “casos controversos”, também conhecidos na tradição anglofônica como *hard cases*.

O mesmo texto se mostra, ainda, importante por apresentar uma reconstrução de dois pontos cruciais no pensamento de Alexy. Para tanto, o presente artigo destina-se a reconstruir o percurso argumentativo desenvolvido no texto, passando pelos dois pontos principais: uma digressão sobre a teoria dos princípios, que analisa a distinção entre regras e princípios; e algumas considerações sobre uma teoria da argumentação orientada pelo conceito de razão prática.

O referido teórico pode ser considerado um dos principais defensores da ponderação de princípios (valores) como metodologia para resolução de casos concretos que envolvam a denominada “colisão entre normas”². Este artigo sustentará que, no pensamento de Alexy, ainda persiste uma dificuldade em assimilar completamente o giro hermenêutico-pragmático³, de modo a ainda buscar no método a expressão de uma racionalidade capaz de neutralizar toda a complexidade inerente à linguagem⁴.

1 TEORIA DOS PRINCÍPIOS

Alexy concorda com a compreensão de regras e princípios como espécies de normas jurídicas⁵. Partindo dessa premissa, lembra que, frequentemente, entende-se que a distinção entre ambos os *standards* normativos se dá em razão da generalidade dos princípios frente às regras. Isto é, compreendem-se os princípios como normas de um grau de generalidade relativamente alto, ao passo que as regras seriam dotadas de menor generalidade.

Contudo, a abordagem quantitativa, levada adiante por autores como Del Vecchio e Bobbio, mostra-se insuficiente à luz do pensamento desenvolvido já em Esser, como demonstra Galuppo. Essa tese é denominada por Alexy como a “tese fraca da separação”, de modo que uma tese forte, como a que o autor pretende adotar, considera a distinção como qualitativa. Logo, a generalidade não é um critério adequado para

tal distinção, pois é quando muito uma consequência da natureza dos princípios, sendo incapaz de proporcionar uma diferenciação essencial⁶.

As regras, diferentemente dos princípios, serão aplicáveis na maneira do “tudo ou nada”, *all or nothing fashion*. Ou seja, se uma regra é válida, deve ser aplicada da maneira como preceitua, nem mais nem menos, conforme um procedimento de subsunção silogístico.

Diante de um conflito entre regras, algumas posturas deverão ser tomadas para que apenas uma delas seja considerada válida. Como consequência, a outra regra não somente não será considerada pela decisão, como deverá ser retirada do ordenamento jurídico, pois será sempre inválida, salvo se não for estabelecido que essa regra se encontra em uma situação que excepciona a outra. Um exemplo fornecido por Alexy é o da existência de uma lei estadual que proíbe o funcionamento de estabelecimentos comerciais após as 13h e de outra lei, federal, que permite o funcionamento até 19h. Nesse caso o Tribunal Constitucional alemão solucionou a controvérsia apoiando-se no cânone da hierarquia das normas, de modo a entender pela validade da legislação federal.

Já os princípios não são determinantes para uma decisão, de modo que somente apresentam razões em favor de uma ou de outra posição argumentativa. Por isso Alexy afirma existir uma dimensão de peso entre princípios – que permanece inexistente nas regras –, principalmente nos chamados “casos de colisão”, exigindo para a sua aplicação um procedimento de ponderação (balanceamento). Destarte, em face de uma colisão entre princípios, o valor decisório será dado àquele que tiver maior peso relativo no caso concreto, sem que isso signifique a invalidação do princípio compreendido como de peso menor. Em face de um outro caso, portanto, o peso dos princípios poderá ser redistribuído de maneira diversa, pois nenhum princípio goza antecipadamente de primazia sobre os demais⁷.

Dessa forma, Alexy apresenta a distinção fundamental entre regras e princípios: princípios são normas que ordenam que algo se realize na maior medida possível, em relação às possibilidades jurídicas e fáticas. São, por conseguinte, mandados de otimização que se caracterizam por poderem ser cumpridos em diferentes graus e pela medida de seu cum-

primento depender não só das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas.

Por outro lado, as regras são normas que exigem um cumprimento pleno e, nessa medida, podem sempre ser somente cumpridas ou não. Se uma regra é válida, então é obrigatório fazer precisamente o que se ordena, nem mais nem menos. As regras contêm por isso determinações no campo do possível fático e jurídico.

Mas como explicar a natureza de mandados de otimização atribuída aos princípios? Ou, de outra forma, como uma norma pode ter sua aplicação diferida em variados graus?

Para Alexy, isso pode ser explicado quando se compreende que princípios podem ser equiparados a valores. Uma concepção sobre valores, ou axiológica, segundo ele, traz uma referência não ao nível do dever-ser (deontológico), mas ao nível do que pode ou não ser considerado como bem. Os valores têm como características a possibilidade de qualificação, isto é, permitem que um determinado juízo possa ser classificado, comparado ou medido. Destarte, com a ajuda de conceitos de valor classificatório, pode-se dizer que algo tem um valor positivo, negativo ou neutro; com a ajuda de conceitos de valor comparativo, que um objeto a valorar corresponde a um valor maior ou ao mesmo valor que outro objeto; e, com a ajuda de conceitos de valor métricos, que algo tem um valor de determinada magnitude.

Todavia, apesar de dizer que princípios podem ser equipados a valores, para Alexy, princípios não são valores. Isso porque os princípios, como normas, apontam para o que se considera devido, ao passo que os valores apontam para o que pode ser considerado melhor. Assim, mesmo tendo uma operacionalização idêntica aos valores, os princípios apresentariam uma diferença básica frente aos valores⁸.

Concluindo, se alguém estiver diante de uma norma que exige um cumprimento na maior medida do possível, estará diante de um princípio; em contrapartida, se tal norma exigir apenas o cumprimento em uma determinada medida, ter-se-á uma regra. Logo, a diferença se centraria em um aspecto da estrutura dos princípios e das regras, de uma maneira morfológica, fazendo com que regras sejam aplicadas de maneira silogística e princípios por meio de ponderação ou balanceamento.

2 UMA PROPOSTA DE TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

2.1 A ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA COMO UM TERCEIRO NÍVEL DO SISTEMA JURÍDICO

Tomando como base a distinção entre princípios e regras, Alexy reafirma a impossibilidade de uma teoria forte sobre os princípios capaz de determinar para cada caso uma resposta correta. Contudo, Alexy procura ainda verificar a possibilidade de uma resposta correta pautando-se por uma teoria fraca dos princípios.

Nesse caso têm-se duas vias: uma diz que a resposta correta independe de um procedimento capaz de demonstrá-la, mas tal opção é de antemão descartada pelo autor; e a segunda afirma que nem princípios ou regras são capazes de regular por si sós sua aplicação, de modo a ser necessária uma compreensão da decisão jurídica, regada por uma teoria da argumentação jurídica. Assim, o sistema jurídico, além de conter regras e princípios, comporta um terceiro nível, no qual são feitas considerações sobre um procedimento – seguindo o modelo da razão prática – que permita alcançar e assegurar a racionalidade da aplicação do Direito^{9,10}.

A argumentação jurídica, então, é vista por Alexy como um caso especial da argumentação prática geral, ou seja, da argumentação moral. Sua peculiaridade, contudo, está na série de vínculos institucionais que a caracteriza, tais como a lei, o precedente e a dogmática jurídica¹¹. Mas, mesmo esses vínculos – concebidos como um sistema de regras, princípios e procedimento – são incapazes de levar a um resultado preciso. As regras do discurso serviriam, portanto, somente para que se pudesse contar com um mínimo de racionalidade, mas não para obter uma resposta correta. Assim, no máximo, ter-se-ia uma decisão aproximadamente correta. Tudo, então, para Alexy, gira em volta de um problema referente à racionalidade jurídica. Como não é possível uma teoria moral de cunho substantivo, somente se pode apelar para as teorias morais procedimentais, que formulariam regras ou condições para a argumentação ou para uma decisão racional.

Desse modo, para Alexy, a questão de uma resposta correta se resume ao desenvolvimento de um procedimento que a ela conduza, devendo ainda ser capaz de gerar consenso, o que demandaria: tempo

ilimitado; informação ilimitada; transparência lingüística conceitual ilimitada; capacidade e disposição ilimitada para troca de papéis; e ausência de preconceitos.

Sem todos esses requisitos, torna-se impossível, para o autor, sustentar a tese de uma resposta correta. Contudo, como será ainda exposto, nenhuma dessas condições é exigida por Dworkin para continuar a sustentar a possibilidade de se chegar a uma única resposta correta frente a um dado caso concreto. Isso porque o argumento dworkiano se aproximará mais ao que Günther denomina de “adequabilidade”, observando a ótica dos discursos de aplicação das normas.

2.2 SOBRE A RELAÇÃO ENTRE DIREITO E MORAL À LUZ DA TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO DE ROBERT ALEXY

Qual relação existiria entre o Direito e a moral?

Alexy pretende responder a esse questionamento partindo do pressuposto de que tal relação se coloca ao nível de uma teoria da argumentação que compreende a argumentação jurídica incluída dentro de um gênero maior, a argumentação moral. Por isso, afirma que a primeira pode ser tratada como um caso especial da segunda. Sua teoria afirma, portanto, a existência de regras especiais, presentes nos discursos jurídicos, que seriam supletivamente complementadas por regras existentes nos discursos prático-morais em geral¹².

Também se afirma a relação entre Direito e moral no tocante à pretensão de correção das decisões judiciais. Segundo Alexy, poder-se-ia falar na validade de uma tese moral se, entre os princípios considerados para a resolução de um caso difícil, houvesse a consideração de um juízo moral. Haveria, então, uma conexão entre os princípios e uma dimensão de moralidade que possibilitaria afirmar uma pretensão de correção da decisão.

Em outras palavras, os princípios teriam um aspecto duplo, que os colocaria como elementos simultaneamente do universo do Direito e da moral. Assim, por exemplo, os princípios jurídicos básicos que Alexy considera presentes no constitucionalismo alemão – dignidade da pessoa humana, liberdade, igualdade, Estado de Direito, democracia e Estado Social – também possuem uma dimensão de moralidade.

Por isso, em um caso concreto somente se pode afirmar a possibilidade da correção de uma decisão se restar demonstrada uma consonância da aplicação dos princípios com uma teoria moral. A correção dos princípios jurídicos não resultaria do próprio Direito, mas de uma correção emprestada da moral. Logo, o Direito não apresentaria uma autonomia como elemento de uma ordem social. Ou seja, o Direito pode ser compreendido como subordinado à moral, seja em razão da necessidade de se completar o discurso jurídico com regras de uma teoria da argumentação moral, seja porque os princípios jurídicos guardam em si uma dimensão de moralidade.

Mas tal conclusão ainda não parece ser satisfatória para explicar como o juiz deveria proceder na resolução de um caso difícil. A identificação de uma dimensão de moralidade entre princípios ainda poderia levantar dúvidas quanto ao modo de solucionar as controvérsias que envolvessem um conflito entre princípios (jurídico-morais).

Como se poderia falar em uma decisão correta? Como último elemento de sua teoria, Alexy apresenta o método da ponderação e o submete

(...) os princípios teriam um aspecto duplo, que os colocaria como elementos simultaneamente do universo do Direito e da moral. Assim, por exemplo, os princípios jurídicos básicos que Alexy considera presentes no constitucionalismo alemão – dignidade da pessoa humana, liberdade, igualdade, Estado de Direito, democracia e Estado Social – também possuem uma dimensão de moralidade.

à verificação da possibilidade de que tal procedimento alcance uma resposta correta.

3 É POSSÍVEL UMA ÚNICA RESPOSTA CORRETA?

Após fazer considerações sobre a distinção entre princípios e regras, bem como sobre a existência de uma teoria da argumentação jurídica que atue subsidiada por uma teoria moral, o jurista de Kiel passa a refletir sobre a possibilidade de se chegar a uma resposta correta para os *hard cases*.

Para tanto, Alexy partirá do seguinte raciocínio, que revelará duas variantes dessa tese, uma forte e uma fraca. Iniciando pela versão fraca, ter-se-ia de supor a possibilidade de criar uma lista, de certo modo completa, de princípios de um dado sistema jurídico. Tal lista não apresentaria considerações sobre o peso relativo desses princípios, o que a transformaria em um mero catálogo de topoi.

Diferentemente, a versão forte dessa tese deve conter, além de todos os princípios, todas as possíveis relações de prioridades abstratas e concretas entre eles, de modo a se determinar de maneira unívoca a decisão em cada caso. Contudo, tal exercício é por demais improvável, o que leva Alexy a rejeitar a tese dworkiana¹². Isso porque, tomando por base tanto os princípios quanto os valores, eles não podem ter seus pesos concebidos em grandezas numéricas, mas apenas em face de um determinado caso concreto.

Mas todo o percurso dessa reflexão ainda não deve ser considerado perdido. Uma alternativa é proposta pelo autor: o estabelecimento de uma ordem fraca, obtida mediante um sistema de condições de prioridade; um sistema de estruturas de ponderação; e um sistema de prioridades *prima facie*.

Por meio de uma decisão em um caso concreto, poder-se-ia defender a possibilidade de tal decisão estabelecer relações de prioridade para outros casos concretos, mediante a formulação de uma lei de colisão: *As condições, sob as quais um princípio prevalece sobre outro, formam o pressuposto fático de uma regra que determina as consequências jurídicas do princípio prevalente*¹⁴. A tese reafirma a necessidade de uma teoria da argumentação mais completa, que inclua o terceiro nível já descrito, além dos níveis existentes entre regras e princípios.

Outra saída está na lei de ponderação enunciada da seguinte forma: *quanto mais alto seja o grau de descumprimento ou de desprestígio de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro*¹⁵. Tal lei de ponderação consiste na estrutura do princípio da ponderação em sentido estrito.

O terceiro elemento trata das prioridades *prima facie*. Nestas se atribui força aos argumentos a favor da prioridade de um princípio, criando certa ordem hierárquica. Destarte, ainda se abre a uma nova argumentação, não podendo ser tomada como uma determinação definitiva, mas traz para o opositor o ônus da prova em contrário. Por tais premissas, Alexy passa a ler a pretensão de correção trazida pela teoria dworkiana como uma pretensão de certeza, o que o leva a repudiá-la.

4 OUTRA PROPOSTA DE INTERPRETAÇÃO DA TESE DA ÚNICA RESPOSTA CORRETA

4.1 SÍNTESE DA PROPOSTA DWORKIANA

Primeiramente, a leitura de Dworkin parte de um pressuposto fundamental, qual seja, de que o autor de Oxford busca em suas obras travar todo um debate paralelo com duas tradições jurídico-filosóficas: o convencionalismo (positivistas) e o pragmatismo (realistas)¹⁶. Isso porque tem em mente a afirmação de que o magistrado não detém nenhum poder discricionário que lhe autorize decidir um caso controverso no sentido de criar direitos e aplicá-los retroativamente.

Para se opor, então, à compreensão positivista do Direito, isto é, à compreensão do Direito como um conjunto de regras, Dworkin compreenderá os princípios jurídicos também como espécie do gênero norma¹⁷. Sustenta que a diferença entre princípios e regras tem natureza lógico-argumentativa, de modo que os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do "tudo ou nada". Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e, nesse caso, a resposta que ela oferece deve ser aceita, ou não é válida, e então nada contribui para a decisão.

Outra característica das regras é que, pelo menos em tese, *todas as*

*exceções podem ser arroladas e quanto mais o forem, mais completo será o enunciado da regra*¹⁸. As regras, assim, não possuem uma dimensão de importância, de modo que, se duas regras entram em conflito, apenas uma delas fará a subsunção do caso concreto. A decisão de saber qual delas será aplicada e qual será abandonada deve ser tomada recorrendo-se às considerações que estão além das próprias regras. Essas considerações versam, por exemplo, sobre os critérios clássicos de solução de antinomias do positivismo: o critério cronológico, em que a norma posterior prevalece sobre a norma anterior; o critério hierárquico, em que a norma de grau superior prevalece sobre a norma de grau inferior; e o critério da especialidade, em que a norma especial prevalece sobre a norma geral. Assim, não se pode dizer que uma regra é mais importante que outras se faz parte de um mesmo sistema de regras. Logo, uma não suplanta a outra, por ter uma importância maior no caso concreto.

Já os princípios jurídicos, diferentemente das regras, não apresentam as consequências jurídicas que seguem quando as condições de aplicação são dadas. Eles não pretendem, nem mesmo, estabelecer as condições que tornam a sua aplicação necessária. Ao contrário, enunciam uma razão que conduz a um argumento e a uma determinada direção. É por isso que, com relação aos princípios, não há exceções, pois elas não são, nem mesmo em teoria, suscetíveis de enumeração.

Dworkin ainda se preocupa em distinguir princípios e políticas (*policies*), distinção essa que parece ter sido olvidada por Alexy. Sobre tal diferenciação, o princípio é aquele padrão que contém uma exigência de justiça, equidade, devido processo legal ou qualquer outra dimensão de moralidade. Por sua vez, o padrão denominado "política" busca estabelecer um objetivo a ser alcançado, que, geralmente, consiste na melhoria de algum aspecto econômico, político ou social de uma dada comunidade, buscando promover ou assegurar uma situação considerada desejável.

Assim, diferentemente dos princípios – que seguem determinações de universalidade a partir de acordos intersubjetivos realizados ao longo de uma história institucional, o que justifica a exigibilidade destes a todos os membros da sociedade de uma maneira indistinta –, as poli-

ticas apresentam uma vinculação a objetivos específicos e, portanto, parecem obedecer a uma lógica contextual conforme os fins (teleológica).

Essas distinções mostram-se cruciais para a resolução de um outro problema posto pelas tradições do convencionalismo e do pragmatismo que Dworkin visa superar. Mas, especificamente, a tradição do positivismo jurídico afirma a existência de um espaço discricionário para a aplicação do Direito aos casos difíceis. Isso porque, diante de uma ausência de regra anteriormente positivada, o magistrado estaria autorizado pelo sistema jurídico a criar um direito e aplicá-lo retroativamente ao caso *sub judice*. Como solução, o jus-filósofo de Oxford proporá, em nítida influência gadameriana, que os direitos são frutos tanto da história quanto da moralidade. Para comprovar sua tese, lançará mão de dois artifícios: da metáfora do juiz Hércules¹⁹ e, posteriormente, da metáfora do romance em cadeia.

No primeiro caso, Dworkin imagina um magistrado com capacidades e paciência sobre-humanas, competente para, de maneira criteriosa e metódica, selecionar as hipóteses de interpretação dos casos concretos a partir do filtro da integridade. Assim, em diálogo com as partes daqueles processos, ele deverá interpretar a história institucional como um movimento constante e partindo de uma análise completa e criteriosa da Constituição, da legislação e dos precedentes, para identificar nestes a leitura feita pela própria sociedade dos princípios jurídicos aplicáveis aos casos. Como consequência, supera-se a chamada “vontade do legislador” (ou dos pais fundadores) como requisito assegurador da objetividade na interpretação do Direito, como bem esboçado pela tradição do positivismo. O fundamento da tese dworkiana para tal postura está na compreensão da interpretação jurídica como uma forma de interpretação construtiva²⁰, capaz de tomar as práticas sociais da melhor forma possível.

Já no romance em cadeia, o que se propõe consiste no seguinte exercício literário: Suponha-se que um grupo de romancistas seja contratado para um determinado projeto e que jogue dados para definir a ordem do jogo. O número mais baixo escreve o capítulo de abertura de um romance, que ele depois manda para o número seguinte, o qual acrescenta um capítulo, com a compreensão de

que está crescendo um capítulo a esse romance, não começando outro, e manda os dois capítulos para o seguinte, e assim por diante. Cada romancista, a não ser o primeiro, tem a dupla responsabilidade de interpretar e criar, pois precisa ler tudo o que foi feito antes para estabelecer, no sentido interpretativista, o que é o romance criado até então²¹.

Nessa perspectiva, cada juiz será como um romancista na corrente, de modo que deverá interpretar tudo o que foi escrito no passado por outros juizes e partes nos respectivos processos, buscando descobrir o que disseram, bem como o seu estado de espírito quando o disseram, objetivando chegar a uma opinião do que eles fizeram coletivamente. A cada caso, o juiz incumbido de decidir deverá se considerar como parte de um complexo empreendimento em cadeia no qual as inúmeras decisões, convenções e práticas representam a história, que será o seu limite. O trabalho consistirá, portanto, na continuação dessa história, mas com olhos para o futuro, levando em consideração o que foi feito, por ele e pelos demais, no presente (que também contém o passado). Ele deverá interpretar o que aconteceu no passado e não partir em uma nova direção. Isso porque o dever do juiz consiste, para Dworkin, em interpretar a história jurídica que encontra e não inventar uma história melhor, como é proposto pelos adeptos do pragmatismo. Dessa forma, não pode o magistrado romper com o passado, porque a escolha entre os vários sentidos que o texto legal apresenta não pode ser remetida à intenção de ninguém *in concreto*, mas sim deve ser feita à luz de uma teoria política e com base no melhor princípio ou política que possa justificar tal prática.

Outro ponto importante é que Dworkin pressupõe a identificação de uma comunidade de princípios²², ou seja, uma dada sociedade é compreendida como formada por pessoas que consideram ser sua prática governada por princípios comuns e não somente por regras criadas em conformidade com um acordo político. Assim, o Direito não está restrito ao conjunto de decisões tomadas em âmbito institucional, mas o transborda, devendo ser tido, em termos gerais, como um sistema de princípios construídos a partir da interpretação da história das práticas sociais, ponto que se deve pressupor nas decisões institucionais²³.

Dessa forma, tanto o juiz Hércules quanto os co-autores do romance em cadeia representam os membros dessa comunidade, tendo sua visão moldada por esse mesmo “pano de fundo de silêncio compartilhado” que rege as práticas sociais, como bem coloca Carvalho Netto²⁴. Assim, tais atividades levarão não somente o magistrado, mas também a comunidade, compreendida pela totalidade de seus membros, ao melhor argumento possível do ponto de vista de uma moral política substantiva, bem como a um argumento com pretensões de ser o correto²⁵.

Por isso mesmo, lembra Habermas, é necessário fazer uma distinção – que parece ainda não muito bem clara em Alexy – entre as pretensões de verdade e as pretensões de correção normativa. Nas primeiras, encontra-se uma referência ao mundo objetivo, ao passo que, nas segundas, tem-se uma ampliação das fronteiras da comunidade social e de seu consenso axiológico.

Para determinar com mais precisão a diferença entre correção e verdade, temos de ver se e (se for o caso) como essa orientação por uma inclusão sempre mais ampla de pre-

(...) o dever do juiz consiste, para Dworkin, em interpretar a história jurídica que encontra e não inventar uma história melhor, como é proposto pelos adeptos do pragmatismo. Dessa forma, não pode o magistrado romper com o passado, porque a escolha entre os vários sentidos que o texto legal apresenta não pode ser remetida à intenção de ninguém *in concreto*, mas sim deve ser feita à luz de uma teoria política e com base no melhor princípio ou política que possa justificar tal prática.

tensões alheias e de outras pessoas pode compensar a ausente referência ao mundo²⁶.

A possibilidade de universalização das pretensões de validade sobre a correção de uma norma depende – tanto em Dworkin quanto em Habermas – da possibilidade de se atingir um consenso abrangente, capaz de ultrapassar as perspectivas particulares dos sujeitos envolvidos. Assim, diferentemente da pretensão de verdade, que transcende toda justificação, a assertabilidade idealmente justificada de uma norma não aponta, além dos limites do discurso, para algo que poderia “existir” independentemente do fato estabelecido de merecer reconhecimento. A imanência à justificação, característica da “correção”, apóia-se num argumento de crítica semântica: de que a “validade” de uma norma consiste no fato de que ela seria aceita, ou seja, reconhecida como válida sob condições ideais de justificação, sendo a correção um conceito epistêmico²⁷.

Portanto, a legitimidade de uma decisão, para que possa ser considerada também correta, residirá na correspondência aos princípios determinados pela comunidade por meio da análise da história institucional, o que está diretamente relacionado à compreensão habermasiana da legitimidade como possibilidade de inclusão dos atingidos por essa decisão, na condição de co-autores.

4.2 A PROPOSTA HABERMASIANA DE COMPREENSÃO DA TESE DA ÚNICA RESPOSTA CORRETA COMO UMA PRETENSÃO DE VALIDADE SOBRE A CORREÇÃO NORMATIVA

A partir das leituras desenvolvidas, respectivamente, das teorias de Robert Alexy e Ronald Dworkin, conclui-se que não se pode vislumbrar uma concordância, mas antes uma contraposição. O jurista de Oxford não distingue regras e princípios a partir de critérios morfológicos, mas sim lógico-argumentativos. Isto é, a distinção não pode se operar *a priori*, em um plano abstrato (em razão das características estruturais das normas e, por isso mesmo, morfológico), mas somente em face de um caso concreto, de modo a adquirir densidade em razão da argumentação produzida pelos sujeitos participantes daquele processo. Dworkin, então, lembra que certas disposições podem funcionar, do ponto de vista lógico, como uma regra e, do ponto

de vista substantivo, como um princípio²⁸.

Em nenhum momento a teoria de Dworkin deixa de atribuir natureza deontológica aos princípios. Ele defende a tese da bivalência, isto é, em face de um caso concreto, inexistente uma terceira opção entre a afirmação de que uma proposição jurídica possa ser correta ou não. Destarte, na discussão sobre se um determinado princípio deve ser proposto para solucionar a controvérsia, a discussão ficará restrita ao plano da confirmação ou não de sua adequação para poder ser aplicado ao caso. A discussão sobre qual princípio aplicar, ou seja, sobre uma suposta colisão, como quer Alexy, é compreendida por Dworkin como a comprovação de que a reconstrução do caso concreto ainda não foi feita de maneira satisfatória.

Por isso, assume-se uma outra tese – que igualmente não conclui que a não-aplicação de um princípio conduza à sua invalidade – segundo a qual a questão deve ser examinada não sob o prisma da validade, mas sob a luz da adequabilidade. Toma-se, portanto, uma linha de raciocínio iniciada por Dworkin e também assumida pelas pesquisas de Jürgen Habermas e Klaus Günther. Habermas critica a maneira como Alexy entende a ponderação de princípios, por implicar uma concepção axiológica do Direito. Uma vez que a ponderação só seria possível ao se preferir um princípio a outro, os princípios devem ser considerados como valores²⁹. Mas para a concepção habermasiana persiste a diferença entre normas e valores: as normas (princípios e regras) são enunciados deontológicos, isto é, visam ao que é devido; em contrapartida, os valores são enunciados axiológicos, de modo que objetivam o que é bom, melhor ou preferível, mas sempre condicionados a determinada cultura. Até esse ponto, há uma aparente concordância com Alexy, que deve ser melhor explorada.

Ao se afirmar que os princípios possuem natureza deontológica em razão do seu caráter devido³⁰ e, operacionalmente, igualarem-se princípios a valores quanto a sua aplicação, percebe-se que a norma perde a característica de código binário para se transformar em um código gradual³¹. Em consequência, deixa-se de lado uma dimensão de adequabilidade – como defendido por Dworkin, Habermas e Günther – para fazer uso de uma aplicação pondera-

da (balanceada)³² dos princípios (entendidos como comandos otimizáveis) à luz de uma questão de preferibilidade³³.

Ocorreria, então, uma desnaturação do Direito, que se transformaria em valor, o que é visível quando se afirma a possibilidade de estabelecer uma hierarquia entre valores/princípios em face de um caso concreto. Logo, à luz da tese defendida por Alexy, os princípios não mais indicam o que é devido, mas o que é preferível e, assim, em nada se diferenciam dos valores. Há, portanto, um outro problema: corre-se o risco de confundir direitos com bens, podendo ter sua aplicação negociada. Em termos dworkianos, tal postura tem como consequência deixar-se de compreender o Direito como um trunfo capaz de prevalecer sobre questões políticas. Logo, a tese de Alexy acaba por desconsiderar a tese de um outro jus-filósofo norte-americano, John Rawls, para quem haveria uma prioridade do justo sobre as concepções de bem³⁴. Mas por que seria importante concordar com a defesa de que as concepções de justiça prevalecem sobre as concepções do que seja o bem?

Para que isso fique claro, pode-se partir do seguinte raciocínio: normas, segundo Habermas, são justificadas a partir de uma pretensão de correção (referência ao justo), devendo poder contar com a aceitação racional daqueles que serão seus afetados. Dessa forma, diante de uma pretensão normativa, os atores sociais podem tomar dois caminhos diversos: concordar mutuamente sobre as pretensões de validade de seus atos de linguagem; ou levantar pontos em que haja discordância, problematizando-os. Instala-se, assim, a possibilidade de avaliação mediante uma ação comunicativa³⁵. As discordâncias advindas dessa forma de ação podem ser solucionadas a partir do uso de razões (argumentos) capazes de convencer ambos os lados. Contudo, o que se percebe é que o consenso sobre normas apresenta um outro lado importante. Por meio do Princípio U (princípio de universalização), os participantes voltam-se para a possibilidade de universalização das normas de ação capazes de transcender contextos culturais específicos e, com isso, adquirir validade para todos os seus destinatários de maneira igual, ou seja, sem exceções.

Diferentemente das normas, uma concepção ética – ligada ao que seja o bem – não apresenta esse po-

tencial de universalização contido nos discursos sobre a correção das normas, uma vez que se encontra enraizada em valores pré-reflexivos, isto é, concepções culturais partilhadas intersubjetivamente por uma determinada forma de vida concreta. Por isso mesmo, a noção de bem liga-se à idéia de um “nós”, uma comunidade determinada assentada sobre uma mesma concepção de vida boa. Desse modo, as referências para as ações oriundas dessa comunidade apenas podem ser compreendidas como respostas a fins específicos (caráter teleológico), julgados a partir das preferências comuns de seus membros.

A importância dessa distinção parece adquirir mais nitidez quando se reconhece na sociedade contemporânea a existência de um pluralismo³⁶, que impõe a simultaneidade, em uma mesma sociedade, de diversos projetos de vida alternativos³⁷.

As normas válidas correspondem a expectativas generalizadas no seio da sociedade, enquanto os valores expressam tão-somente a preferência por certos bens em determinado grupo ou entre certas experiências de vida compartilhadas e que não poderiam, portanto, ser estendidos aos demais por se tratar de preferências éticas. Os valores, aqui, são aplicados com vistas a determinados fins, de acordo com os objetivos de determinado número de pessoas. A noção de bom é uma visão parcial, constituindo-se, segundo Habermas, em bom para nós, ou para mim, mas não necessariamente válido perante um sistema coerente de normas, como exige um discurso jurídico de aplicação³⁸.

Logo, apenas uma concepção normativa (deontológica) é capaz de satisfatoriamente apresentar respostas à solução de controvérsias práticas, porque, no procedimento de justificação de normas, acontece um discurso argumentativo, pautado em pretensões de validade que retiram os falantes do contexto em que se encontram enraizados, de modo que posições e preferências pessoais sejam analisadas e criticadas a partir de uma perspectiva intersubjetiva abrangente.

Em contrapartida, a utilização de concepções axiológicas parece funcionar de maneira diversa, como uma referência externa aos sujeitos participantes do discurso jurídico. Por exemplo, tomemos os casos Lüth ou Lebach, julgados pela Corte Constitucional Federal alemã e analisados por Alexy. Em ambos os julgados, a

Corte identifica a colisão entre princípios (valores) como primeiro passo da decisão para, em seguida, avaliar condições abstratas de prioridades e, somente, no final questionar acerca da decisão a ser tomada para a solução do caso concreto³⁹.

Uma primeira crítica é no sentido de que o procedimento defendido por Alexy segue uma dinâmica diferente do proposto por Dworkin e Habermas, pois ainda continua considerando a possibilidade de aplicação de uma norma longe da perspectiva de um caso concreto. Como consequência, percebe-se que os princípios (valores) em conflito são identificados por meio de um procedimento que os trata como juízos de evidência, já que não são problematizados diante do próprio caso posto para julgamento. Transformam-se, assim, em juízos que versam não mais sobre a idéia de correção de uma norma, mas sim sobre sua verdade⁴⁰, isto é, passa-se a adotar uma perspectiva descritiva, típica da ciência positiva, que intui princípios a partir do mundo da vida como se fossem elementos objetivos do universo social.

Além disso, a perspectiva dos envolvidos (aqueles que sofrerão os efeitos da decisão) é simplesmente olvidada, seja por pressupor uma identidade cultural (impossível hoje de ser presumida), seja por fechar-se à possibilidade de participação na construção de um consenso sobre a correção da norma. Em decorrência disso, a Corte abandona a via comunicativa e passa simplesmente a utilizar-se de uma racionalidade instrumental, já que a preocupação é com a adequação de meios a fins, sem, contudo, parar para refletir sobre esses próprios fins, já determinados *a priori* pela força de uma tradição que, todavia, representa meramente um projeto de vida entre os muitos existentes naquela mesma sociedade. À luz da teoria da ação comunicativa, portanto, Habermas afirmará que a ponderação (balanceamento) faz uso de critérios irracionais (não-discursivos), deixando a decisão ao arbítrio das preferências pessoais dos julgadores. Já esses são os únicos referenciais para a avaliação da justiça da decisão⁴¹. Assim, a previsibilidade de decisões (ou o que a tradição positivista chama de “segurança jurídica”) somente pode ser garantida quando centralizadas e monopolizadas pela Corte Constitucional Federal alemã. Partindo dessa conclusão, Ingeborg Maus sustenta que a Corte passa a atuar como substituto

da figura paterna de uma sociedade agora órfã.

A partir da teoria da ação comunicativa, pode-se também identificar uma colonização do mundo da vida⁴² por parte do Judiciário. As decisões que forem tomadas serão destituídas de legitimidade, o que pode resultar em abalo para o processo de integração social, uma vez que o uso de valores, que expressa uma ordem simbólica de uma identidade e forma de vida particular, mostra-se incapaz de servir para a formação de um consenso potencialmente universalizável⁴³. Consequentemente, deixa-se de lado o processo crítico-emancipatório necessário decorrente do uso comunicativo da razão, que deve incluir todos os participantes do discurso – os quais devem ser colocados em perspectiva –, e não somente os juízes.

Entre os pressupostos necessários da argumentação estão uma completa inclusão dos envolvidos, a distribuição igualitária dos direitos e deveres da argumentação, a não-coerção da situação comunicacional e a atitude dos participantes orientada para o entendimento mútuo⁴⁴.

A partir da teoria da ação comunicativa, pode-se também identificar uma colonização do mundo da vida por parte do Judiciário. As decisões que forem tomadas serão destituídas de legitimidade, o que pode resultar em abalo para o processo de integração social, uma vez que o uso de valores, que expressa uma ordem simbólica de uma identidade e forma de vida particular, mostra-se incapaz de servir para a formação de um consenso potencialmente universalizável.

Por essa razão, Habermas compreende a dinâmica processual de maneira a superar a arcaica teoria processual que afirma o processo como uma espécie de relação jurídica⁴⁵. A ideia de juiz – que ocupe uma posição superior às partes, delas retirando apenas os fatos para a aplicação do Direito com imparcialidade – é um modelo insuficiente para a teoria habermasiana: *A neutralidade do juiz em relação às partes conflitantes – a venda nos olhos da Justitia – é agora insuficiente como modelo da práxis de fundamentação exigida. Pois nela devem tomar parte, com igualdade de direitos, todos os membros enquanto potencialmente envolvidos, de modo que não haja mais uma separação de papéis entre um terceiro privilegiado e as partes envolvidas em cada caso. Agora, todos igualmente se tornam partes que pretendem se convencer reciprocamente na competição pelo melhor argumento*⁴⁶.

Finalmente, outro ponto que suscitou muitas críticas foi a tese do caso especial de Alexy. Habermas discordará da compreensão do discurso jurídico como uma especialidade do discurso prático geral (discurso moral). Segundo o raciocínio da teoria do discurso, o princípio deste concretiza-se de duas formas diferentes: como princípio moral e como princípio democrático⁴⁷. Enquanto o princípio moral – como especificação do princípio do discurso – produz normas que só podem ser justificadas sob o ponto de vista da consideração simétrica dos interesses, o princípio democrático produz normas de ação que surgem na forma do Direito e que podem ser justificadas com auxílio de argumentos morais, mas vão além, abrangendo também o uso de argumentos pragmáticos, éticos e políticos⁴⁸.

REFERÊNCIAS

- 1 O presente artigo usa a expressão “resposta correta” em vez de “resposta certa”, pois ao contrário da opção feita pelos tradutores nacionais (DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. de Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 175), pode-se perceber que a resposta correta encerra em si uma pretensão de validade universalizável (correção normativa) referente às normas deontológicas. (HABERMAS, Jürgen. *Verdade e justificação: ensaios filosóficos*. Trad. de Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004).
- 2 A popularidade do método da ponderação adquire cada dia mais destaque nos julgamentos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal. Tanto assim, que os Professores Luis Roberto Barroso e José Alfredo de Oliveira Baracho Júnior defendem que sua aceitação representa uma mudança no curso da interpretação levada a cabo pelo Tribunal, equivalente à adoção de uma nova hermenêutica na jurisprudência do STF. O precedente representado pelo HC n. 82.424/RS é exemplo de uma aplicação prática da teoria de Alexy. O caso ganhou notoriedade por examinar um suposto conflito entre os princípios da liberdade de expressão e da dignidade da pessoa humana, envolvendo a acusação de prática de racismo durante a publicação de livros anti-semitas. As bases da ponderação foram bem explicitadas mediante votos dos Ministros Gilmar Mendes e Marco Aurélio.
- 3 Cabe destacar desde já que, diferentemente de Alexy, Dworkin desenvolve sua teoria levando em conta o giro hermenêutico empreendido por Heidegger e Gadamer. O último irá adotar uma postura de ruptura com as posições objetivistas de Schleiermacher e Dilthey, radicalizando a experiência hermenêutica e se apoiando principalmente no modo de ser do *Dasein* (do ser-aí) heideggeriano. Dessa forma, a Hermenêutica Filosófica entende que a compreensão humana se orienta a partir de uma pré-compreensão que emerge da eventual situação existencial e que demarca o enquadramento temático e o limite de validade de cada tentativa de interpretação (GRONDIN, Jean. *Introdução à hermenêutica filosófica*. Trad. de Benno Dischinger. São Leopoldo: Unisinos, 1999. p.159). Os reflexos da percepção de tal “consciência histórica” podem ser sentidos no pensamento de Dworkin, como lembra Menelick de Carvalho Netto: *Para ele, a unicidade e a irrepetibilidade que caracterizam todos os eventos históricos, ou seja, também qualquer caso concreto sobre o qual se pretenda tutela jurisdicional, exigem do juiz hercúleo esforço no sentido de encontrar no ordenamento considerado em sua inteireza a única decisão correta para este caso específico irrepelível por definição*. (CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado democrático de Direito. *Revista de Direito Comparado*. Belo Horizonte. Curso de Pós-Graduação em Direito da UFMG e Mandamentos. v. 3., p. 475, mai./1999.
- 4 Importante lembrar Cattoni de Oliveira (CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001. p. 77-78), no sentido de que, para Alexy (ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. Trad. de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001. p.17-18), a racionalidade de um discurso prático pode ser mantida se forem satisfeitas as condições expressas por um sistema de regras ou procedimentos. A racionalidade do discurso se define por um conjunto de regras do discurso. Essas regras garantem o direito de cada ser humano a participar do discurso e o direito de cada participante de apresentar e criticar qualquer argumento. (ALEXY, Robert. *Derecho y razón práctica*. 2. ed. México: Fontamara, 1998. p. 32).
- 5 Alexy toma como referência de norma o conceito “semântico” de norma (GALUPPO, Marcelo Campos. Princípios jurídicos e a solução de seus conflitos: a contribuição da obra de Alexy. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte. v. 1., n. 2, p. 135-136, 2º sem/1998) presente já em Kelsen, de modo que compreende ser a norma o significado extraído de um enunciado.
- 6 GALUPPO, op. cit., p. 134-142.
- 7 Isso pode ser percebido no julgamento do HC n. 82.424/RS. Como já comentado, o STF identificou um conflito envolvendo os princípios da dignidade da pessoa humana e da liberdade de expressão. Em momento algum se afirmou que a dignidade da pessoa humana (ou mais exatamente, não-discriminação) seria hierarquicamente superior à liberdade de expressão. Assim, um ou outro princípio pode ser ponderado por meio de sua aplicação gradual no caso *sub judice*. Assim, como bem reconhece o Ministro Marco Aurélio em seu voto, *as colisões entre princípio [sob essa ótica] somente podem ser superadas se algum tipo de restrição ou de sacrifício formem impostos (sic) a um ou aos dois lados. Enquanto o conflito entre regras resolve-se na dimensão da validade, (...) o choque de princípios encontra solução na dimensão do valor, a partir do critério da “ponderação”, que possibilita um meio-termo entre a vinculação e a flexibilidade dos direitos*. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Crime de racismo e anti-semitismo: um julgamento histórico no STF: HC n. 82.424/RS*. Brasília: Brasília Jurídica, 2004).
- 8 Apenas para demarcar a dissonância, adianta-se que a tese alexiana da diferenciação entre regras e princípios é refutada tanto por Dworkin quanto por J. Habermas, que defendem a impossibilidade de equiparar princípios a valores, sob pena de desnaturar a própria lógica da aplicação normativa. Ambos os autores não realizarão uma diferenciação morfológica entre princípios e regras, preferindo o que se pode considerar como uma distinção em razão da natureza lógico-argumentativa.
- 9 CHAMOM JUNIOR, Lúcio Antônio. Tertium non datur: pretensões de coercibilidade e validade em face de uma teoria da argumentação jurídica no marco de uma compreensão procedimental do Estado democrático de Direito. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Jurisdição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 103.
- 10 Alexy afirma: *Nem princípios nem regras regulam por si mesmos sua aplicação. Eles representam apenas os pilares passivos do sistema jurídico. Se se quer obter um modelo completo, deve-se agregar aos pilares passivos um ativo, referindo-se ao procedimento de aplicação das regras e princípios. Portanto, os níveis das regras e dos princípios têm de ser completados por um terceiro. Em um sistema orientado por um conceito de razão prática, esse terceiro nível pode ser apenas o de um proce-*

- dimento que assegure a racionalidade. (ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del Derecho*. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 1997. p. 173)
- 11 Maior detalhamento pode ser obtido pela leitura do capítulo 3 da obra ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. Trad. de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.
 - 12 ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica...*, op. cit., p. 267.
 - 13 Contudo, já antecipando as colocações a serem feitas, compreende-se que o jurista alemão faz uma leitura de Dworkin que em nada encontra correspondência com a leitura feita no presente trabalho, que busca levar em conta as considerações hermenêuticas que o último realiza.
 - 14 ALEXY, Robert. *Derecho y razón práctica*. op. cit.
 - 15 Idem, p. 16.
 - 16 Para o **convencionalismo**, as decisões políticas do passado constituem os critérios que deverão fundamentar as decisões do presente e, na falta delas, ou seja, no caso de lacunas, há abertura para que o próprio magistrado crie normas por meio de um poder discricionário e as aplique retroativamente. Nessa concepção, a prática jurídica se resume a obedecer às convenções anteriormente estabelecidas e, portanto, ignora-se que, com o tempo, decorram graduais modificações na forma como os operadores do Direito se apropriam dessas convenções. Diferentemente, para o **pragmatismo**, os juízes não devem ficar presos às convenções do passado, mas sim preocupar-se com a justiça da decisão, de modo a vincular esse ideal a uma questão de bem-estar geral. Essa tradição, então, volta-se para uma perspectiva utilitarista do Direito, que tem como motivação a busca por maiores níveis de satisfação do bem-estar para um maior número de pessoas da sociedade. Negasse, com isso, que as pessoas possuem qualquer direito subjetivo garantido, pois o Direito só é compreendido pelos juízes como bens a serem maximizados a partir de metas coletivas. Logo, agem **como se** as pessoas tivessem esses direitos se (e apenas sob essa condição), em longo prazo, isso servir melhor para a sociedade.
 - 17 Trata-se do texto *Model of Rules*, publicado originalmente na *Chicago Law Review* n. 35 (1967-1968), sendo depois republicado como o capítulo 2 da obra *Levando os direitos a sério* (tradução para o português pela Editora Martins Fontes, em 2002).
 - 18 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 40.
 - 19 Trata-se do texto *Hard Cases*, presente como o capítulo 4 da obra *Levando os direitos a sério*, mas originalmente publicado como um ensaio na *Harvard Law Review* n. 88 (1974-1975). É de chamar a atenção as diversas leituras feitas dessa figura de linguagem, o que levou à formulação de diversas críticas ao solipsismo de Hércules, que se mostram infundadas, conforme a leitura feita no presente trabalho, por olvidarem as demais construções de Dworkin que comple-
 - mentam a metáfora, bem como sua herança hermenêutica.
 - 20 O conceito de "interpretação construtiva" considera as críticas feitas por Habermas a Gadamer. A crítica reside na visão por demais passiva que a Hermenêutica Filosófica assume, compreendendo como unilateral o fluxo comunicativo. Nesse sentido, o próprio Dworkin justifica sua posição: *o intérprete deve esforçar-se por aprender e aplicar aquilo que interpreta com base no pressuposto de que está subordinado ao seu autor. Habermas faz a observação crucial (que aponta mais para a interpretação construtiva que para a conversacional) de que a interpretação pressupõe que o autor poderia aprender com o intérprete*. Um bom exemplo é a conversa imaginária entre Cavell e Fellini retratada por Dworkin.
 - 21 DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. de Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 235-236.
 - 22 O tema foi primeiro tratado em DWORKIN, Ronald. *Law's ambitions for itself*. *Virginia Law Review*, v. 71, n. 2, mar./1985, antes de ser reapresentado na obra *Império do Direito*.
 - 23 Percebe-se em Dworkin uma compreensão aberta do que seja o Direito, já que seu conteúdo não se encontra definido por uma assembléia de especialistas, mas pela compreensão das práticas da sociedade, o que transparece uma preocupação em fundamentar o Direito em bases democráticas.
 - 24 CARVALHO NETTO, *Requisitos pragmáticos...*, op. cit., p. 473-486.
 - 25 No já mencionado *Law's ambitions for itself* (referência 22), pode-se ter um exemplo do que seria uma resposta correta mediante reconstrução e crítica da decisão proferida pelo Juiz Robert Bork no julgamento do caso *Dronenburg v. Zech*. Dronenburg processou a marinha norte-americana sustentando que sua dispensa se deu em prejuízo de seus direitos fundamentais, que foram violados. Em contrapartida, argumentaram que a causa de sua dispensa havia sido a acusação confessa de ter tido relações homossexuais em um quartel. A decisão de Bork, contudo, limitou-se a afirmar, bem na esteira da tradição positivista, que não existia nenhuma regra positivada na legislação norte-americana que consagrasse uma proteção aos homossexuais. Logo, inexistiria qualquer direito capaz de assegurar o que Dronenburg reivindicava para si. Todavia, Dworkin reconstruirá o caso para lembrar a Bork que as circunstâncias fáticas individualizadoras daquela demanda exigiam um outro olhar. No Direito positivo norte-americano, existe a *due process clause* (cláusula do devido processo) e um conjunto de precedentes que afirmam um direito fundamental à privacidade das pessoas. É claro que nenhum desses precedentes trata exatamente do problema de Dronenburg ou de direito para homossexuais. Mas tais decisões indicam uma compreensão que a sociedade tem sobre a necessidade de proteção da privacidade de uma pessoa e da garantia de que o Estado não poderá interferir em suas escolhas privadas (como, por exemplo, o precedente *Loving v. Virginia*, no qual foi declarada a inconstitucionalidade da proibição de casamento inter-racial). Logo, o Direito não pode ser meramente algo preso ao que foi estabelecido pelas convenções sociais do passado e, em face do julgamento desse novo caso, é possível falar que o argumento anteriormente suscitado em defesa da privacidade se estenda também aos homossexuais. Deve ser lembrado, portanto, que não se está criando um direito com a decisão, mas sim reinterpretando o direito já existente a partir das bases já postas, ou seja, de que as escolhas pessoais não devem ser sujeitas à interferência estatal. Uma decisão diversa, como a proferida pelo Juiz Bork, é, sim, uma resposta que carece de correção.
 - 26 HABERMAS, Jürgen. *Verdade e justificação...*, op. cit., p. 290.
 - 27 Idem, p. 291.
 - 28 Segundo Dworkin (*Levando os direitos a sério*, op. cit., p. 45): *Palavras como "razoável", "negligente", "injusto" e "significativo" desempenham frequentemente essa função. Quando uma regra inclui um desses termos, isso faz com que sua aplicação dependa, até certo ponto, de princípios e políticas que extrapolam a [própria] regra. A utilização desses termos faz com que essa regra se assemelhe mais a um princípio. Mas não chega a transformar a regra em princípio, pois até mesmo o sentido restritivo desses termos restringe o tipo de princípios e políticas dos quais pode depender a regra*.
 - 29 GALUPPO, Marcelo Campos. *Igualdade e diferença*: Estado democrático de Direito a partir do pensamento de Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 179.
 - 30 ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 140-141.
 - 31 Como lembra Habermas, as normas se regem por um princípio de bivalência, de modo que sua pretensão é pela validade ou não da proposição normativa. Esse código binário acompanha não somente normas jurídicas, como toda e qualquer pretensão normativa. Por exemplo, à luz das normas ortográficas percebe-se impossível uma aplicação gradual, isto é, uma palavra somente pode ser considerada como escrita corretamente se a norma ortográfica foi observada em sua inteireza.
 - 32 Mesmo Dworkin, ao fazer uso do termo "ponderar", aplica-o em sentido divergente do atribuído por Alexy. Alexander Aleinikoff coloca bem essa questão ao lembrar que, para o jurista de Oxford, o vocábulo adquire o significado de **refletir**, de modo que a solução de um caso demanda uma construção teórica acerca de um princípio adequado ao caso concreto.
 - 33 CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 88-90.
 - 34 Essencialmente, pode-se compreender que a mesma tese é defendida tanto por Dworkin quanto por Habermas, considerando as particularidades e complementações de cada interpretação.

- 35 A ação comunicativa distingue-se da ação instrumental (compreendida enquanto modalidade de ação técnica que busca adequar racionalmente os meios para se alcançar um fim determinado) por ser uma interação linguisticamente mediada voltada para o entendimento. Como bem lembra Freitag, a ação comunicativa tem como mérito a superação da filosofia da consciência e, com isso, a transformação da subjetividade em favor de uma intersubjetividade. As interações linguisticamente mediadas devem pressupor a existência de um **mundo da vida** compartilhado que atua como um pano de fundo de silêncio não problematizado. Assim, as proposições dele retiradas são irrefletidas e conduzem os falantes a uma concordância à primeira vista. Contudo, pode acontecer que a pretensão de validade de uma dada proposição seja questionada em seu conteúdo de verdade da assertiva, a correção da norma apresentada ou a sinceridade do seu falante. O **discurso** é, então, a suspensão da pretensão de validade da proposição por meio de um procedimento fundamentado em argumentos racionais até que se chega a um consenso restabelecendo o curso normal da ação comunicativa.
- 35 O **pluralismo** é tema eminentemente ligado à modernidade. Isso porque, desde a Grécia Antiga até a Idade Média, havia um centro orientador da vida em sociedade, ou melhor, em comunidade. No primeiro caso, esse centro era a *polis*, que foi substituído, no período medieval, pela Igreja Católica. A partir da modernidade, o mundo assiste a um descentramento, justamente pelo surgimento do **indivíduo**. *O pluralismo emerge no mundo social exatamente quando a unidade e a homogeneidade da concepção acerca do que seja a vida boa, decorrente da presença de um único centro comunitário, é substituída pela pluralidade de projetos de como alcançá-la, que aglutinam grupos de indivíduos, e que convivem e disputam em uma sociedade em que vários planos individuais e grupais de ação são integrados por um ato voluntário* (GALUPPO, Marcelo Campos. *Hermenêutica constitucional e pluralismo*. Belo Horizonte: dez./2000. Disponível em: <http://sites.uol.com.br/marcelogaluppo/hermeneutica_constitucional_e_pluralismo.htm>. Acesso em 11. jul. 2002. p. 4). Assim, ao contrário dos paradigmas do Estado Liberal e do Estado Social, o Estado democrático de Direito pressupõe que o pluralismo é constitutivo da própria sociedade contemporânea, e que, portanto, não se pode, legitimamente, eliminar qualquer projeto de vida sem que isso interfira na auto-identidade de uma determinada sociedade. Ao contrário, ele deve reconhecer que todos os projetos que compõem uma sociedade, **inclusive os minoritários**, são relevantes na composição de sua identidade (GALUPPO, *Hermenêutica constitucional...*, op. cit., p. 6). (Grifo nosso).
- 37 GALUPPO, *Igualdade e diferença...*, op. cit., p. 209.
- 38 CHAMOM JUNIOR, *Tertium non datur...*, op. cit., p. 110.
- 39 O mesmo comportamento poderá ser percebido no conteúdo dos votos dos Ministros Gilmar Mendes e Marco Aurélio, no julgamento do HC n. 82.424/RS. O problema do racismo (e do anti-semitismo) é abordado e detalhado de maneira abstrata no sentido da formulação de uma regra padrão geral, já sendo avaliadas as condições que permitiram a limitação da liberdade de expressão também em abstrato, para somente após essa consideração verificar como deverá ser aplicada ao caso concreto. Uma abordagem que busque a adequabilidade analisará como as nossas práticas sociais interpretam o caso. Assim, verificar-se-á que a conduta praticada é compreendida ao longo da história institucional da sociedade brasileira não como um exercício regular do direito de liberdade de expressão, mas justamente como resultante de seu abuso, ou seja, um ato antijurídico, inclusive tipificado penalmente. Logo, o princípio da liberdade de expressão não se encontra em conflito com nenhum outro, pois nem ao menos pode ser considerado como um princípio adequado, dada a interpretação do caso pela sociedade. Ao que parece, as teorias defensoras da ponderação (balanceamento) se precipitam e acabam por cair na aporia de afirmar que o exercício regular de um direito pode ameaçar o exercício regular de outro, quando se sabe que o abuso no exercício de um direito constitui um ilícito.
- 40 Como destaca Galuppo, a necessidade de distinguir as pretensões de verdade das pretensões de correção normativa adquire relevância, já que implica a negação da tese típica do positivismo de redução de todos os enunciados ao mundo objetivo da ciência, compreendido como o único mundo que faz sentido.
- 41 Em sua réplica, Alexy parece não compreender o ponto de partida da crítica habermasiana, acabando por confirmá-la, quando tenta superá-la pela reafirmação de que faz, sim, uso de uma racionalidade de natureza instrumental.
- 42 A **colonização do mundo da vida** é explicada por Barbara Freitag como o processo resultante da expansão da racionalidade instrumental utilizada pelos imperativos funcionais do sistema econômico e do sistema político-burocrático que invade o mundo da vida, desalojando e expulsando a racionalidade comunicativa. Assim, onde antes havia processos de interação sociais regidos por uma racionalidade comunicativa, passa-se a ter uma racionalidade instrumental. Como consequência, aponta-se uma crise de legitimidade das decisões sobre o Direito, o que põe em risco o processo de integração social, uma vez que o Direito não somente mantém contato com o código proveniente da linguagem coloquial ordinária, como por ele, ainda, transitam mensagens oriundas dos códigos do sistema econômico e do sistema político-burocrático (HABERMAS, Jürgen. *Facticidade y validez: sobre el Derecho y el Estado democrático de Derecho* em términos de teoría del discurso. Trad. de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 1998. p. 146).
- 43 Em última instância o Poder Judiciário se tornaria extremamente autoritário impondo a todos a visão de parte, que, inevitavelmente, é insustentável em um Estado democrático de Direito.
- 44 HABERMAS, Jürgen. *Verdade e justificação...*, op. cit., p. 303.
- 45 A teoria do processo como **relação jurídica** tem seu desenvolvimento a partir da obra de Oskar von Bülow, em 1868. Ela enuncia que o processo somente poderia se constituir de maneira válida depois de cumpridos alguns requisitos determinados pela lei processual e considerados como **pressupostos de existência e desenvolvimento do processo**, formado a partir das relações jurídicas estabelecidas entre juiz, autor e réu. Contudo, tal teoria acaba por afirmar a superioridade do magistrado sobre os demais sujeitos processuais, e, apesar de ter servido bem ao Estado Social, mostra-se inadequada ao Estado democrático de Direito. Todavia, mesmo após as críticas que podem ser baseadas tanto em teorias processuais, como a de Fazzalari (1996) e a de Aroldo Plínio Gonçalves (2001), como em teorias jusfilosóficas, como a de Dworkin (1999) e a de Habermas (1998, 2004), a teoria processual da relação jurídica ainda encontra muitos adeptos no Brasil. Entre eles citamos os eminentes professores Cândido Rangel Dinamarco, Ada Pellegrini Grinover, Luiz Guilherme Marinoni e Nelson Nery Junior.
- 46 HABERMAS, *Verdade e justificação...*, op. cit., p. 298.
- 47 Em *Facticidade y validez* (1998), Habermas marca uma distinção entre o princípio do discurso e o princípio moral, que até então não havia sido feita de maneira satisfatória em suas obras.
- 48 Essa distinção é assim posta por Habermas: *Em questões morais, a humanidade ou uma suposta república dos cidadãos forma o sistema de referência para a fundamentação de regulamentações que são do interesses simétrico de todos. As razões decisivas devem poder ser aceitas, em princípio, por todos. Em questionamentos ético-políticos, a forma de vida "de nossa respectiva" comunidade política constitui o sistema de referência para a fundamentação de regulamentações que valem como expressão de um auto-entendimento coletivo consciente. Os argumentos decisivos têm de poder ser aceitos, em princípio, por todos os membros que compartilham "nossas" tradições e valorações fortes. Antagonismos de interesses necessitam de um ajuste racional entre interesses e enfoques axiológicos concorrentes. E a totalidade dos grupos sociais ou subculturais imediatamente envolvidos forma o sistema de referência para a negociação de compromissos. Esses têm de ser aceitáveis, em princípio, e na medida em que se realizam sob condições de negociações equitativas, por todos os partidos e, em certos casos, levando em conta até argumentos diferentes.* (HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. v. 2. Trad. de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 143)

REFERÊNCIAS COMPLEMENTARES

- ALEINIKOFF, T. Alexander. Constitutional law in the age of balancing. *The Yale Law Journal*, v. 96, n. 5, abr. 1987.
- ALEX, Robert. Constitutional rights, balancing and rationality. *Ratio Juris*, v. 16, n. 2, jun. 2003.
- _____. Justification and application of norms. *Ratio Juris*, v. 6, n. 2, jul. 1993.
- BARACHO JUNIOR, José Alfredo de Oliveira. A nova hermenêutica na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Crise e desafios da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro. In: BÜLOW, Oscar von. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Buenos Aires: EJE, 1964.
- CARVALHO NETTO, Menelick. Racionalização do ordenamento jurídico e democracia. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, n. 88, dez. 2003.
- _____. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado democrático de Direito. *Revista de Direito Comparado*, v. 3, maio, 1999, p. 473-486.
- CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito Processual Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.
- DINAMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini. 19. ed. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. Trad. de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- FAZZALARI, Elio. *Instituzioni di Diritto Processuale*. 8. ed. Padova: CEDAM, 1996.
- FREITAG, Barbara. *Itinerários de Antígona: a questão da moralidade*. 3. ed. Campinas: Papirus, 2002.
- GALUPPO, Marcelo Campos. *Igualdade e diferença: Estado democrático de Direito a partir do pensamento de Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro: AIDE, 2001.
- GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no Direito e na moral: justificação e aplicação*. Trad. Cláudio Molz. São Paulo: Landy, 2004.
- HABERMAS, Jürgen. *Inclusão do outro: estudos de teoria política*. Trad. de George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002.
- _____. Ações, atos de fala, interações mediadas pela linguagem e mundo da vida. In: *Pensamento pós-metafísico: estudos filosóficos*. Trad. de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990.
- _____. *Dialética e hermenêutica*. Trad. de Álvaro L. M. Valls. Porto Alegre: L&PM, 1987.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Trad. de João Batista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- MAUS, Ingeborg. *O Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã*. *Novos Estudos CEBRAP*, n. 58, nov. 2000.
- RAWLS, John. *Justiça e democracia*. Trad. de Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Crise e desafios da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

Artigo recebido em 16/1/2005.

ABSTRACT

The author intends to reconstruct the fundamental points of Robert Alexy's theory, contained in his work *Sistema Jurídico, Principios Jurídicos y Razón Práctica*, in which he disagrees with the Dworkian thesis of the existence of a unique correct answer to a controversial matter.

He makes considerations regarding the argumentative line, emphasizing both the theory of the principles and the juridical argumentative one. He presents a synthesis of the Dworkian proposal, which diverges from that of the theory of the principles, displaying criticisms of the latter, originated both from the Dworkian's theory and from Habermas' and Günther's Speech Theory.

At last, he concludes that, after reading Alexy's and Dworkin's interpretation, one cannot predict an agreement, but rather an opposition.

KEYWORDS – Sociology of Law; theory; argumentation; Robert Alexy; Dworkin; Günther; speech; legal system; juridical principle.

Flávio Quinad Pedron é mestrando em Direito Constitucional na UFMG, em Belo Horizonte - MG.